

ESTUDOS JURÍDICOS

COORDENAÇÃO
JAMES TUBENCHLAK
RICARDO SILVA DE BUSTAMANTE

- Ada Pellegrini Grinover
- Amilton Bueno de Carvalho
- André Ricardo Cruz Fontes
- Atahualpa Fernandez Neto
- Athos Gusmão Carneiro
- Caio Mario da Silva Pereira
- Carlos David S. Aarão reis
- Carlos Rafael dos Santos Júnior
- Clayton Maranhão
- Ester Kosovski
- Francisco de Assis Toledo
- Hugo Nigro Mazzilli
- Humberto Theodoro Junior
- Ivan Lira de Carvalho
- J. J. Calmon de Passos
- João Mestieri
- José Carlos Barbosa Moreira
- José dos Santos Carvalho Filho
- José Eduardo Ribeiro de Assis

- Julio Fabbrini Mirabete
- Luiz Felipe da Silva Haddad
- Luiz Fernando Gevaerd
- Marcelo Figueiredo
- Maria Helena Diniz
- Maurício da Rocha Ribeiro
- Nagib Slaibi Filho
- Nei Breitman
- Paulo de Tarso Brandão
- Paulo Penalva Santos
- René Ariel Dotti
- Ronaldo Leite Pedrosa
- Roy Reis Friede
- Sérgio Cavalieri Filho
- Sylvio Capanema de Souza
- Tycho Brahe Fernandes
- Yussef Said Cahali
- Weber Martins Batista

APLICAÇÃO, INTERPRETAÇÃO E INTEGRAÇÃO DAS NORMAS JURÍDICAS (EQUIDADE, FUNÇÃO DO INTÉRPRETE E LACUNAS DA LEI)

Caio Mario da Silva Pereira
Professor Emérito na UFRJ e na UFMG

1 - Já tem assumido caracteres diversificados a matéria pertinente à aplicação e à interpretação da lei. Não obstante todo o respeito devido ao Direito Romano e aos conceitos que ofereceu à civilização ocidental, enfoques diversos vêm-se desenhando a partir do século passado no assentamento dos institutos, reclamando do intérprete, especialmente do juiz, visão mais realista do ambiente social e econômico. Este processo de entendimento da norma jurídica em função das exigências do mundo contemporâneo assume tríplice aspecto, convergindo embora para um mesmo resultado: a criação doutrinária, a construção pretoriana e a elaboração legislativa.

É certo que ao doutrinador ou jurista puro compete majormente estudar, explicar e comentar os textos legais. A abertura das instituições é muitas vezes obra sua, que tomando a vanguarda e abrindo as veredas, oferece campo à atuação do magistrado e inspira o legislador nas reformas que empreende.

Numa visão de conjunto lançada sobre um sistema jurídico, não se pode deixar sem observação que a par de regras novas, de elaboração recente, outras mais antigas, marcadas de ancianidade, continuam sobrevivendo. São leis que “não envelhecem”, revelando na duração de seu império “o sinal de seu valor”, pois com o tempo “elas se despojam do caráter accidental que lhes marcou o nascimento” (Ripert), para projetarem o conteúdo permanente de sua inserção duradoura na ordem jurídica.

Quando o civilista se volta para o problema da aplicação e interpretação das normas jurídicas, deve atentar em que aquelas regras advindas do passado, e tão bem expressas em brocárds que têm sobrevivido ao tempo, sem perderem a atualidade como regras de hermenêutica, requerem complementação abrangente das mutações que marcam a curva evolutiva do direito contemporâneo.

2 - Não satisfaz, em nosso tempo, a Escola Exegética, que floresceu no século passado com Toullier, Duverger, Duranton, Troplong, Demolombe, Malleville, Demante, Colmet De Santerre, Baudry-lacantwerie, Laurent, Huc. A obra prima desta corrente hermenêutica foi o **"Cours de Droit Civil Français"** de Aubry et Rau, com dezenas de edições, e tão alto prestígio e aceitação, que os civilistas podem ainda hoje transcrever trechos do mesmo sem acusar a autoria, e sem serem acusados de plágio, conforme me declarou pessoalmente René David.

Os juristas franceses se encantaram com o Código Napoleão, a ponto de sustentarem que todo o trabalho hermenêutico se limitaria a explicar os textos, como apregoava Demolombe: **"les textes avant tout"**, chegando Bugnet à proclamação algo paradoxal, ao dizer que não conhecia o Direito Civil, já que se restringia a **"ensinar o Código Napoleão"**.

A aplicação do direito, dentro destes conceitos ficou restrita a pesquisar a **"mens legislatoris"**, o pensamento de uma figura mítica e onisciente que era **"o legislador"**, embora não se pudesse identificar quem era esta entidade todo-poderosa.

Não adstritos à Escola Exegética, os civilistas que compuseram a denominada **"hermenêutica tradicional"** cingiram seu trabalho a estruturar a técnica interpretativa como um processo lógico, ou uma construção silogística, com os elementos de que se compõe esse tipo de raciocínio: a premissa maior, a premissa menor, a conclusão. Desprendido embora da soberania do legislador, o intérprete submeteu-se ao mito da lei, investigando a vontade abstrata da norma, erigida na vontade soberana do Estado e criação do legislador perfeito. O que sobreleva (dizem os seus corifeus) é a pesquisa da **mens legis**, a vontade da lei, que tudo contém, e, por isto mesmo, não é lícito ao aplicador afastar-se de seu contexto (Cf. De Page, **Traité Élémentaire**, vol. I, nº 6; Colin et Capitant, **Cours de Droit Civil**, vol. I, nº 26; Planiol, Ripert et Boulanger, **Traité Élémentaire**, vol. I, nº 155; Mazeaud, Mazeaud et Mazeaud, **Leçons de Droit Civil**,

vol. I, nº 101; Emilio Betti, **Interpretazione della Legge e degli Atti Giuridici**, pág. 163).

Paralelamente à hermenêutica tradicional erigiu-se o que se denominou Escola Histórica. Partiu de que não tinha cabida a invocação do Direito Natural, que explicava a elaboração do Direito Positivo como emergente de pressupostos racionais e sobrepostos a todo o sistema. Com Savigny levantou-se a tese de que o direito era uma criação constante da consciência nacional, em que imperava a tradição e dominavam os costumes.

Insurgindo-se contra o racionalismo, o historicismo procurou vincular a aplicação do direito aos critérios aliados à perspectiva histórica, em razão de que a interpretação haveria de haurir elementos na consciência nacional.

Um passo a mais, e o historicismo desprende-se de Savigny, de Hugo, de Puchta, de Köhler e caminhou para a Escola Histórico-Evolutiva.

Com análoga procura do elemento histórico, faz-se muitas vezes referência ao que se denominou **"interpretação histórica"**, como base do elemento hermenêutico. Preconiza-se, através dela, a consulta aos fatores que contribuíram para a elaboração da lei. Com este processo, recorre-se ao projeto que lhe deu origem, aos pareceres proferidos no curso da elaboração legislativa, aos debates parlamentares, aos trabalhos das comissões.

Entrou, contudo, o método em desprestígio, em razão dos abusos de sua utilização. Se é certo que tais elementos podem alguma vez trazer algum esclarecimento, certo é também ponderar que a lei, acima de tudo, é uma entidade que não corresponde à expressão do pensamento ou da vontade de alguém, porém exprime a manifestação do colegiado que a elaborou. A consulta aos Anais do Congresso não revela a vontade ou um pensamento subjetivo. As manifestações de todos incorporam-se na vontade coletiva. Aplicar e interpretar a lei consiste em determinar e qualificar o comando no seu aspecto objetivo. Determinar o que **foi dito**, e não o que **alguém disse**.

Não existe, desta sorte, uma **"Interpretação histórica"**. O que há é um método ou um processo que se utiliza de pesquisas atinentes à reconstituição do ambiente no qual foi elaborada a norma, tal como esclarecem os irmãos Mazeaud (**Leçons**, cit., vol. I, nº 101) e Giovanni Galloni (**La Interpretazione della Legge**).

3 - Gozou de enorme prestígio a **hermenêutica tradicional**, independentemente da variedade de métodos que assumiu. O que

fundamentalmente predominou, foi o primado da norma, e o esforço desprendido no seu entendimento.

Muito se escreveu, e em verdade muito se aproveitou, com o desenvolvimento da interpretação gramatical, da interpretação lógica, da interpretação sistemática, a cujas minúcias não descerei, por despciendas e muito divulgadas. São técnicas analíticas do texto interpretando, posto que se afirme há mais de mil anos que interpretar não é apenas conhecer as palavras da lei (**verba eorum temere**), porém pesquisar nelas o seu poder de comando (**vim ac potestatem**).

4 - Foi mesmo em França, que eclodiu movimento a desencorajar a escola da hermenêutica tradicional. René de Page invoca o primeiro Presidente da Cour de Cassation, Ballot-Beaupré, que por ocasião do centenário do Código Napoleão opusera-se a que o jurista se vinculasse obstinadamente ao que foi, há cem anos, o pensamento dos autores do Código. Textualmente: “Le juge ne doit pas s’attacher à rechercher obstinément quelle a été, il y a cent ans, la pensée des auteurs du code en redigeant tel ou tel article. Il doit se demander ce qu’elle serait si le même article était aujourd’hui rédigé par eux. Il doit se dire qu’en présence de tous les changements qui, depuis un siècle, se sont opérés dans les idées, dans les mœurs, dans les institutions, dans l’état économique et social de la France, la justice et la raison commandent d’adapter libéralement, humainement, le texte aux réalités et aux exigences de la vie moderne” (René de Page, **De l’Interpretation des lois**, vol. II, pág. 17).

Com Bufnoir e Saleilles tem origem a proposição de não se encontrar exclusivamente na lei a fonte do direito (Saleilles, **Ecole Historique et Droit Naturel**, in *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1902, pág. 80), e mais profundamente com François Geny (**Méthode d’Interpretation et Sources en Droit Privé Positif**), seguidos na Alemanha por Erlich e Stammler.

Nasce então a **interpretação científica**, difundindo a tese da necessidade de se amoldar a norma à injunção dos fatos econômicos e sociais, às exigências da vida, de tal modo que a lei não tenha em vista apenas os acontecimentos contemporâneos à sua elaboração; deve comportar um entendimento capaz de abranger o que venha a surgir depois. Desfigura-se a pessoa do “legislador”, para se cogitar de que a norma jurídica não é a expressão de uma vontade subjetiva. Interpretar a lei é perquirir objetivamente o que nela se contém. Será despciendo apurar o que foi o pensamento de seus autores em um determinado momento histórico. É igualmente irrelevante inquirir o

que seria a **mens legis** e muito menos a **mens legislatoris**. O que vale na **interpretatio** é determinar a realidade que a ditou. Toda norma jurídica vem inspirada na realização de uma finalidade social. O intérprete há de convir que o direito não é adstrito à lei votada pelo órgão que a elabora. É abrangente do que formam os costumes, as tradições, a elaboração jurisprudencial que enfrenta o casuismo da problemática suscitada pelos conflitos de interesses. Não se pode desprezar aquilo que Tulio Ascarelli denominou “premissas implícitas” (**premesse implicite**), que muitas vezes são a chave da explicação dos fenômenos ocorrentes em um dado sistema jurídico (**Premissas ao Estudo do Direito Comparado**, in “Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado”, pág. 12). Na aplicação da norma jurídica, é de se considerar igualmente o fator sociológico, uma vez que a lei tem por objeto estabelecer o ordenamento social (Cf. Mario Franzen de Lima, **Da Interpretação Jurídica**, pág. 67 e segs.).

Foi inegável a influência construtiva da interpretação científica, a que emprestaram sua enorme contribuição Geny e Saleilles na França, como Köhler e Windscheid na Alemanha, fazendo escola.

O que fundamentalmente aí predomina é a sustentação de que a hermenêutica tradicional dava demasiada ênfase ao subjetivismo da vontade legislativa. A *Livre Pesquisa Científica* (**libre recherche scientifique**), inspirada por François Geny (**ob. cit.**, vol. II, nº 185), sustentava que, antes de tudo, “o direito positivo deve permanecer como uma coisa viva, mover-se e se transformar; deve ainda lutar em vista de uma perfeita e constante adaptação às exigências da vida social (**Avant tout, le droit positif doit rester chose vivante**. Or, vivre, c’est se mouvoir et se transformer. Pour le droit, c’est plus encore: c’est lutter, en vue d’une parfaite et constante adaptation aux exigences de la vie sociale).

Positivando, em termos esquemáticos, a sua doutrina, Geny ensinava que o intérprete teria em vista a lei, mas deveria enxergar além dela (**Par le Code Civil, mais au delà du Code Civil**).

O mérito capital desta doutrina, diz ele, é “permitir ao direito positivo realizar sua missão própria, curvando-se, sem comprometer seus pontos de apoio fixos, às exigências, melhor conhecidas ou sucessivas, da vida social (“Tel est donc le capital mérite, d’une saine méthode d’interprétation juridique, que, seule, elle permet au droit positif, de réaliser sa mission propre, en se pliant, sans compromettre ses points d’appui fixes, aux exigences, mieux connues ou successives, de la vie sociale” - vol. cit., nº 186).

Como freqüentemente acontece, uma idéia nova degenera no exagero. O método da 'livre investigação científica' suscitou na Alemanha com a obra de Hermany Ulrich Kantorowicz (**Der Kampf um die Rechtswissenschaft**) a doutrina que recebeu a designação de escola do "direito livre" (**Freiesrecht**), preconizando com Ehrlich, Erich Jung e Zittelmann que a melhor forma de aplicar a lei é adaptá-la às necessidades do caso concreto, na conformidade do arbítrio do juiz, que contribui com sua experiência para construir ou criar o direito, captando as influências nascidas das forças sociais em constante desenvolvimento (cf. Caio Mário da Silva Pereira, **Instituições de Direito Civil**, vol. I, nº 40). Tal doutrina, como observa Roubier, "aumenta os poderes do juiz na medida em que amplia de maneira excessiva a categoria das fontes de direito" (**Théorie Générale du Droit**, pág. 83). Modernamente o "direito alternativo" oferece ao juiz ampla liberdade de decidir, quase que "ex informata conscientia", mais exagerado que a doutrina do "freiesrecht".

Como figura concretista do "Freiesrecht" é apontado Paul Magnon, apelidado "le bon juge". Foi juiz no tribunal francês de Chateau-Thierry, e se caracterizou proferindo decisões inspiradas na solidariedade e nos princípios de humanidade, sem a preocupação de se subordinar aos comandos legislativos. Não obstante suas boas intenções, Paul Magnon não fez escola.

5 - Podados os excessos da hermenêutica tradicional e da interpretação científica, o que há de prevalecer na aplicação e interpretação da lei é a linha de equilíbrio que não se afasta do texto em procura de concepções abstratas; e não se agarra à letra para a execução estrita, sem cogitar de que a norma jurídica é um instrumento de organização da sociedade.

Em minhas "Instituições de Direito Civil", sem disputar as galas de inovador, procurei conceituar o direito como "o princípio de adequação do homem à vida social" (**Instituições de Direito Civil**, vol. I, nº 1).

Na sua aplicação, deve a norma jurídica receber entendimento que permita realizar efetivamente esta adequação.

Quando a Lei de Introdução ao Código Civil dita a regra geral da hermenêutica, tem em vista no contexto legal os fins sociais a que a lei se destina e as exigências do bem comum (art. 5º).

Trata-se de disposição programática, enfeixando noções que permitem ao intérprete maior flexibilidade e mais franca liberdade de ação, sem contudo traçar-lhe as vias inseguras do "direito livre".

Abrindo ensanchas à função teleológica da norma jurídica, abre as portas à interpretação sociológica.

Ao desvendar esta senda no campo do entendimento global da norma, o legislador levou em linha de conta um aspecto não despidendo na aplicação do direito. Com efeito, a observância dele pelo corpo social (esclarece Giovanni Galloni) é ao mesmo tempo um "fato sociológico e um fato jurídico". É um **fato sociológico** se se considera o "estudo das razões sociais para um ordenamento jurídico e dos princípios sociológicos que o governam". Simultaneamente seria também um fato estritamente jurídico, porque "através da interpretação e da aplicação do direito, pela maioria do corpo social, exprime-se diretamente a **vontade da maioria sobre o dever ser das relações**". Desta sorte, modifica-se a estrutura do ordenamento jurídico e se formam **novos princípios gerais**, independentemente, e até em contraste com a lei escrita (Giovanni Galloni, **La Interpretazione della Legge**, pág. 99).

Os elementos contidos no art. 5º da Lei de Introdução exprimem conceitos relativamente fluídos que a doutrina procura iluminar com seus ensinamentos.

A norma desse art. 5º coloca o juiz no centro da atividade hermenêutica. Ela se dirige ao juiz, como seu aplicador. Sua função é trazer a expressão vocabular abstrata da norma para o plano da realidade concreta de sua aplicação. No preenchimento desta faculdade e no exercício deste atributo, não tem ele o poder de ditar conceitos subjetivos, nem o arbítrio de resolver as questões, fundado em formulações cerebrinas de sua consciência. Não pode proceder como o **bon juge** Magnon. Aplica a lei. Interpreta-a. Porém subordinado a parâmetros ou lineamentos gerais.

O primeiro deles diz respeito ao bem comum. A ordem jurídica tem uma destinação básica. O juiz, no entendimento da lei, deve considerar que esta, em linha essencial de princípio, destina-se a realizar o "bem comum".

Neste ponto, contudo, levanta-se a indagação fundamental: **em que consiste o bem comum ao qual a lei se dirige?**

Não é fácil 'a resposta'. E essa dificuldade avulta precisamente em razão da 'multiplicidade de respostas', que variam ao sabor da pluralidade de concepções filosóficas. Tomistas e neo-tomistas. Solidaristas. Normativistas. Jurnaturalistas cristãos e racionalistas. Cada um cultiva o seu conceito, e aplica-o na determinação das finalidades do Estado. Atendo-me apenas a tempos mais recentes,

encontro na visão jus-filosófica do século passado e sua confrontação com o presente uma diversificação radical. Para o jurista do século XIX o que predominava era a concepção individualista do direito, cuja filosofia básica “persiste seduzindo o mundo intelectual”, como afirma Bonnecase. A norma jurídica destinava-se a cumpri-la. Para a realização dos interesses individuais construía-se o direito subjetivo, que se afirmava na sua efetividade. Quando o define Windscheid como poder de ação, tem em vista a pessoa que exerce esse poder. Quando Von Jhering o caracteriza como um interesse juridicamente protegido, tem em vista a destinação utilitarista da norma. Não foi em vão que Duguit e Kelsen desfecharam seus ataques à existência do direito subjetivo, insurgindo-se contra o seu exagerado individualismo, embora não houvessem oferecido uma solução satisfatória. Substituindo-o pela idéia de “situação objetiva”, em verdade não lograram apresentar um sucedâneo feliz. (Caio Mário da Silva Pereira, **Instituições de Direito Civil**, vol. I, nº 5).

O que, em verdade, cumpre é associar a noção algo fluída de “bem comum” com o preenchimento da “finalidade social” da lei. Aí é que a nossa Lei de Introdução situa o problema em termos que permitem ao juiz configurar a aplicação do direito com os conceitos predominantes no ambiente objetivo de sua realização.

O homem é, ao mesmo tempo, um indivíduo e um ente integrado na ambiência social a que pertence. É o **zoon politikon** de Aristóteles. A concepção puramente individualista do direito veio aportar a idéia marcante nos sistemas jurídicos modernos, de que ela tem de exercer uma “função social” (Mazeaud, **Leçons de Droit Civil**, vol. I, nº 50).

Na aplicação da lei, o juiz deverá interpretá-la atendendo a essa dupla circunstância. A admitir a existência de direitos subjetivos, não se pode aprovar o seu exercício abusivo. Como diz Jean Dabin, não é “**afirmá-lo sem limites**”. Quando o juiz, na aplicação da lei, reconhece um direito de alguém, terá de interpretar aquela lei tendo em vista, de um lado, os direitos subjetivos concorrentes, mas de outro lado terá de considerar o bem público ou o bem da sociedade em geral (**du bien public, du bien de la société en général**, Jean Dabin, **Le Droit Subjectif**, pág. 53).

É ainda Jean Dabin quem sugere que se atente nas razões de “ordem social” que justificam todo o sistema de direito positivo, porque decorrem simultaneamente da “natureza individual do homem colocada em face das condições inelutáveis da vida social (**car elles découlent d’emblée de la nature individuelle de l’homme**

mise en face des conditions inéluctables de la vie sociale – Philosophie de l’Ordre Juridique Positif”, nº 22, pág. 79).

Na observância estrita da regra contida no art. 5º da Lei de Introdução, o juiz, como aplicador da lei, há de ter em vista esta dupla característica do homem: – como titular de direitos subjetivos, e também de obrigações para com alguém; e ao mesmo tempo como pessoa subordinada a condições de ente social. A hermenêutica da norma jurídica coordena as imposições da ordem econômica e social contemporâneas à sua execução, com o cumprimento de sua destinação final, objetivada na observância das exigências do bem comum.

Colocado entre os dois extremos, nem o intérprete se vincula ao rigorismo estrito da expressão vocabular, nem se expande nos devaneios do **Freiesrecht**, ou do “direito alternativo”.

Para melhor conduzir-se, a boa rota é a que lhe traçou François Geny, a que me referi, e que mereceu os aplausos de Saleilles, quando, prefaciando a grande obra de Geny e comentando a divisa por este enunciada (**Par le Code Civil, mais au-delà du Code Civil**), antevê o avanço na interpretação da norma jurídica, convertendo aquele “mais além” na palavra de ordem de todos os juristas (**Il sera difficile désormais que cet “Au-delà” ne devienne pas le mot d’ordre de tous les juristes** – Raymond Saleilles, ‘Préface’ do livro de Geny, **“Méthode d’Interpretation et Sources en Droit Privé Positif**”, pág. XXV).

6 – Ao juiz incumbe o dever de aplicar a lei. Não se pode furtar a esse dever. Já a antiga Lei de Introdução ao Código Civil, editada contemporaneamente à publicação deste, enunciava: “nem com o silêncio, a obscuridade ou a indecisão dela se exime o juiz de sentenciar ou despachar” (art. 5º, 2ª parte).

A Nova Lei de Introdução dispensou-se de reproduzir aquela fórmula, que traduz verdadeiro truismo. Bastou-lhe enunciar as fontes subsidiárias, que são outras tantas regras complementares da hermenêutica: a analogia, os costumes, os princípios gerais de direito.

Parte, então, o legislador de 1942 do pressuposto da inteireza da norma como “estrutura formal”, muito embora tenha de reconhecer que o complexo jurídico não seja perfeito como “estrutura social”. Por um conjunto de circunstâncias, a que não é estranha a tendência evolutiva das instituições, o sistema legislativo nunca se pode considerar perfeito e completo. Lacunas necessariamente lhe serão apontadas no decurso do tempo, a serem preenchidas pelo aplicador da lei. Já Papiniano ensinava que a omissão na lei não deveria impedir o

juízo (quod legibus omisum est, non omittetur religione judicantium – Digesto, Livro XXII, Tit. V, fr. 13).

Admitindo o Legislador que na Lei haja omissões e lacunas, ao juiz cumpre supri-las. É um trabalho que exige ao mesmo tempo ciência e cautela. O intérprete utilizará noções básicas assim como as especializadas, e também cuidados para não transbordar do conteúdo da norma para além da medida racional.

Muito se tem falado no instituto da **integração**, por via da qual o aplicador da lei completa-lhe o contexto, preenchendo as lacunas e eliminando as omissões. É neste sentido que se diz que “o juiz tem atividade supletiva do legislador” (Oscar Tenorio, **Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro**, nº 157, pág. 102).

A **integração** não é, contudo, uma contribuição arbitrária do juiz. Ela há de se operar “com as normas não escritas resultantes do próprio ordenamento”, e não com “elementos extrajurídicos” (Giovanni Galloni, ob. citada, pág. 75). No processo de integração, o juiz pode recorrer às normas constitucionais, ou às idéias gerais. Deve permanecer sempre no plano de “desenvolvimento jurídico”, ainda que transcendente à lei, como lembrado por Larenz, desde que se “mantenha dentro dos limites das valorações fundamentais do ordenamento jurídico e possa ser argumento convincente mediante considerações especificamente jurídicas, não sendo admissível se converta em cobertura do **arbitrio judicial**” (Karl Larenz, **Derecho Civil, Parte General**, trad. espanhola, ed. Edersa, pág. 96).

7 – A Lei de Introdução, no art. 4º, reconhece que a lei não é normalmente completa, mas ao revés admite a existência de omissões. É aí que ocorre a interpretação jurisprudencial. A par da interpretação dogmática pela qual o comentarista, o doutrinador, o professor explicam a lei na sua forma e no seu conteúdo, a interpretação judicial procura conduzir o contexto legal para o caso concreto. Assim procedendo, “o intérprete não deixa de aplicar o procedimento integrativo” (Giovanni Galloni). Mobiliza os seus conhecimentos, utiliza a sua experiência, recruta boa sorte de informações, com o objetivo de submeter o caso **sub iudice** ao preceito legal.

Refere-se o art. 4º à **analogia**, aos **costumes**, aos **princípios gerais de direito**.

São noções de certo modo sedimentadas, com as quais o legislador define em termos normativos o que em doutrina já se considera. A existência de lacunas no direito positivo é meramente aparente, tendo-se em vista que todas as relações humanas se contêm na

disciplina jurídica (Ferrara, **Trattato di Diritto Civile**, vol. I, pág. 225).

A **analogia** não é uma técnica de interpretação, e bem andou a Lei de Introdução destacando-a no art. 4º, em relação ao contexto do art. 5º. O juiz aplica a norma a casos não previstos, mas que com ela guardem identidade de razão, sob o pressuposto de que o legislador lhe daria o mesmo regime, se dele tivesse cogitado, tal como a sabedoria romana enunciava: **ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio**.

Mais ampla que esta analogia legal (**analogia legis**) é a analogia jurídica (**analogia iuris**), que extrai o pensamento dominante em um conjunto de normas ou em todo um sistema, e transpõe-no ao caso controvertido (Ferrara, pág. 229; Eneccerus, Kipp y Wolff, **Tratado, Parte General**, vol. I, § 53, pág. 217).

8 – Ao se referir aos **costumes**, não se reporta o legislador aos princípios da chamada **escola histórica**, que os erigia em fonte maior do direito, como revelação espontânea da consciência jurídica da coletividade (Savigny).

Não se compadecendo o sistema de direito escrito com a idéia de que o costume é a mais apurada fonte de direito (Louis Josserand, **Cours de Droit Civil Positif Français**, vol. I, nº 98), o costume é qualificado como **fonte subsidiária** ou **fonte supletiva**, à qual o juiz recorre para preencher lacunas no direito escrito. São conhecidos os seus elementos constitutivos: o **externo**, que se configura na repetição iterativa de um mesmo comportamento; e o **interno**, que é a convicção de que a observância da prática costumeira corresponde a uma necessidade jurídica (**opinio necessitatis**). O costume não pode ser invocado **contra legem**, para contraditar a norma legal, somente prevalecendo **praeter legem**, como elemento adinocular integrativo da lei ou **secundum legem**, considerado nesse caso **costume interpretativo** (Clovis Bevilacqua, **Teoria Geral**, nº 18; Eneccerus, Kipp y Wolff, vol. cit., § 35; Planiol, Ripert et Boulanger, **Traité Élémentaire de Droit Civil**, vol. I, nº 121; Caio Mário da Silva Pereira, **Instituições de Direito Civil**, vol. I, nº 11).

Para a caracterização dos costumes como fonte de direito não bastam esses dois elementos, externo e interno. Enquanto permanecem na categoria de comportamentos individuais na sociedade, não adquirem o teor de obrigatoriedade como norma jurídica. Para que recebam força coercitiva, é necessário o reconhecimento de um órgão estatal. Por mais que os usos se repitam, não chegam a se converter

em costumes jurídicos senão quando a autoridade judiciária toma conhecimento deles para aplicá-los (Édouard Lambert, **La Fonction du Droit Comparé**, Colin et Capitant, **Cours de Droit Civil**, vol. I, nº 25).

9 - O legislador inseriu a invocação dos **princípios gerais de direito** como fonte subsidiária. É um conceito vago, que a doutrina se esforça por definir. Neles se incluem aquelas regras que constituem o substrato comum dominante nos diversos institutos jurídicos (Cogliolo, **Filosofia do Direito**, pág. 155; Vicente Rau, **O Direito e a Vida dos Direitos**, vol. I, nº 196 e segs.). Absorve o enunciado das concepções doutrinárias dos povos que formam a civilização ocidental, certo que em determinados períodos históricos sobressaem noções que compõem a estrutura de um sistema, e que são comuns a outros sistemas contemporâneos.

Nesta idéia genérica não se pode omitir a contribuição do **Direito Comparado**, de que o jurista hoje mais que nunca se utiliza, tendo em vista que os direitos dos povos que atingiram um mesmo grau de civilização se interpenetram em razão da semelhança dos problemas e analogia das soluções (**L'Enseignement du Droit Comparé**, por André Tunc e outros, in "Revue Internationale du Droit Comparé", 1988, outubro-dezembro, pág. 703 e segs.; Caio Mário da Silva Pereira, **A Ciência do Direito Comparado**, in Revista do Instituto de Direito Comparado Luso Brasileiro, nº 7, pág. 37).

10 - Na alusão às fontes subsidiárias não pode faltar a menção à **jurisprudência** e à **equidade**.

Não havendo a Lei de Introdução mencionado como fonte de direito a jurisprudência, cabe indagar se pode ser ela considerada como tal. Se se tomar a expressão **fonte** em sentido técnico estrito, não se pode assim compreender a jurisprudência, porque nos regimes de separação de poderes, ao Judiciário cabe aplicar contenciosamente a lei aos casos particulares, e, não competindo aos tribunais formular regras jurídicas, senão aplicá-las, a manifestação jurisprudencial não se pode qualificar como fonte criadora da norma de direito, porque não passa de um processo de aplicação da lei. A Corte de Justiça não elabora a regra, porém diz ou declara o direito, arrimada à disposição legislativa, que é, por isso mesmo, a sua fonte. A função criadora da norma pertence ao Poder Legislativo. O Judiciário cinge-se a aplicá-la ou interpretá-la, ou a verificar e declarar a existência do costume, razão por que se recusa aos arestos e decisões o caráter gerador de direito. Os tribunais, porém, tomam as questões e pronunciam-se num

certo rumo, que com o tempo se fixa, sendo invocada habitualmente a sua jurisprudência, com o cunho de regra vigente. Em face disto, insisto na pergunta, se, mesmo assim, não pode ser tachada de fonte? Argumenta-se em contrário com a vacilação jurisprudencial ou a possibilidade de uma alteração radical, já que no nosso sistema não vigora a força do **precedente**, dominante no sistema da **Common Law**, em que a própria Corte e as inferiores se prendem aos arestos proferidos. Em razão disto, negam-lhe tal qualidade. Não é este, porém, um argumento convincente, de vez que, se é verdade que as alterações jurisprudenciais são possíveis e freqüentes, nem sempre ocorrem, mantendo-se por anos a fio a mesma orientação, ao que acresce o fato de também a lei escrita ser suscetível de revogação. Entendo, no entanto, não se possa qualificar cientificamente a jurisprudência como fonte formal porque, nos sistemas de direito escrito, a repetição, ainda que iterativa e constante, do pronunciamento dos tribunais, tem por base a regra legal, e não a decisão judiciária, em si mesma (Pedro Lessa, **Do Poder Judiciário**, pág. 1; De Page, **Traité** citado, vol. I, nº 7; Colin et Capitant, **Cours**, vol. I, nº 28).

Tem-se argumentado que a elaboração e publicação da "Súmula" da Jurisprudência preponderante no STF erige a jurisprudência em fonte formal. O argumento é especioso. Não obstante a "Súmula", continua a jurisprudência como fonte intelectual, prestigiada pela autoridade dos magistrados. Fonte formal de direito é a lei.

A Emenda Constitucional nº 3 de 1993, no entanto, atribuiu às decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade, poder vinculante aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo.

11 - Quanto à **equidade**, o seu caráter de fonte é reconhecido no art. 4º da Lei de Introdução.

Na linha de generalização dos princípios jurídicos, coloca-se a equidade, expressão que é às vezes falseada, mas que contém idéia altamente construtiva. No direito romano foi o fundamento da elaboração do direito honorário, que permitiu se desenvolvesse e se humanizasse o velho **ius quiritium**, insulado no hermetismo de prejuízos de origem. O mesmo aconteceu na Inglaterra, por volta do século XVI, com a criação das Cortes de chancelaria, que sob a invocação da equidade contribuíram para a formação de um complexo de princípios (**rules of equity**) transformados em corpo de normas jurídicas.

Considerado o sistema de direito positivo, ainda ocorre a presença da equidade, como a idéia da amenização do rigor da lei.

Equiparada ou aproximada ao conceito de justiça ideal, a equidade impede que o rigor dos preceitos se converta em atentado ao próprio direito, contra o que Cícero já se insurgia ao proclamar “**summum ius, summa iniuria**”.

Neste sentido, é a “justiça do caso dado”, pela qual se aplica o direito de forma a satisfazer às necessidades sociais – Ruggiero e Maroi.

É, porém, arma de dois gumes. Se, por um lado, permite ao juiz a aplicação da lei de forma a realizar o seu verdadeiro conteúdo espiritual, por outro lado pode servir de instrumento às tendências legiferantes do julgador, que, pondo de lado o seu dever de aplicar o direito positivo, com ela acoberta sua desconformidade com a lei. O juiz não pode reformar o direito sob pretexto de julgar por equidade, nem lhe é dado negar-lhe vigência sob fundamento de que contraria o ideal de justiça. A observância da equidade, em si, não é um mal, porém a sua utilização abusiva é de todo inconveniente. Seu emprego há de ser moderado, como temperamento do rigor excessivo ou amenização da crueza da lei (René David, **Traité Élémentaire de Droit Comparé**, pág. 288; De Page, vol. cit., nº 13; Ruggiero e Maroi, **Istituzione di Diritto Privato**, vol. I, § 6º).

Ao mencionar a equidade no art. 4º, não autorizou a Lei de Introdução que o juiz abandone a lei escrita e decida por equidade. Somente poderá invocá-la quando expressamente autorizado por lei (CPC, art. 127), aplicando a norma que estabeleceria se fosse legislador, como autorizava o art. 114 do Código de Processo Civil de 1939. Seu emprego tem, portanto, cunho de excepcionalidade.

12 – Nós vivemos um mundo em que os acontecimentos se tumultuam, trazendo ao indivíduo surpresas e inseguranças, que provocam o cientista, o político, o legislador, o próprio homem da rua. Obviamente agrirem o homem do direito. Já se tem assinalado o fenômeno da “aceleração da história”, focalizada por Daniel Halévy, na monografia-título – “**L’accélération de l’histoire**” – o que provocou em René Savatier crônica enfocando a sua percussão do mundo jurídico: “**Le Droit et l’accélération de l’histoire**”, in *Repertoire Dalloz*, 1951, pág. 28. Aliás, fora o mesmo Savatier quem publicara em 1948 um livrinho despretenso porém profundo, ao cogitar das Metamorfoses do Direito Civil sob a epígrafe: “**Les Metamorphoses économiques et sociales du Droit Civil d’aujourd’hui**”.

Georges Ripert, mestre dos maiores deste século, depois de se ter dedicado à análise do fenômeno político sobre as instituições

jurídicas, oferecendo ao público obra que não deixa de guardar um travo de pessimismo – **Le Régime Democratique et le Droit Civil Moderne** – publica a sua última grande contribuição para a ciência civilista, tão grande como **La Règle Morale dans les Obligations Civiles**. Refiro-me ao grande livro que bem corresponde ao título: **Les Forces Créatrices du Droit**.

É neste grande livro que enuncia verdade já tornada em axioma: “as descobertas científicas modernas cambiaram as condições da vida humana”. Neste contexto geral, todavia, o jurista não se contenta em constatar: “Ele (o direito) dirige e ordena, ou ao menos diz como será possível dirigir” (pág. 27). O jurista não é um adivinho ou um místico. Trabalha com certo material conhecido, e este material é o direito. Acontece que “o direito é a formulação da ordem social estabelecida e não a representação de uma ordem futura, a defesa do presente e não a antecipação do futuro” (pág. 10).

Sobretudo o direito como ciência é substancialmente dinâmico. Especialmente como princípio da adequação do homem em uma sociedade fundamentalmente mutante.

Somente por obra da interpretação, e em particular da **interpretação integrativa**, será possível, na iminência de uma sociedade estruturalmente atingida pelas conquistas da ciência e da técnica, manter vivo, atual e sensível, um direito já elaborado, mas que se esforça por sobreviver e enfrentar os desafios do milênio que se aproxima, com toda a sua carga de surpresa e de mistério.*